



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2018 ANNO III N.6.

L'Ombudsman et la défense des droits humains



2018 ANNO III NUMERO 6

di Marco A. Quiroz Vitale pp. 94-110 articolo rivisto



L'OMBUDSMAN ET LA DÉFENSE DES DROITS HUMAINS

di Marco A. Quiroz Vitale

Abstract

The institution of the Ombudsman - based on the idea that citizens should be entitled to complain against specific acts and behaviours of their rulers and that their complaints should be investigated by an independent body - in a new global era play a new role in the defence of individual human rights. The comparison between the Italian case study and the constitutional reform in France demonstrates the activity of the Human Rights Ombudsman is dysfunctional for authoritarian governments and promote a complete democratization of political institutions.

Key words: Ombudsman, Human rights, Democratic Institutions.

Résumé

L'institution de l'Ombudsman - fondée sur l'idée que les citoyens devraient pouvoir porter plainte contre des actes et comportements spécifiques de leurs dirigeants et que leurs plaintes devraient faire l'objet d'une enquête par un organe indépendant - dans une nouvelle ère global joue un nouveau rôle dans la défense de droits de l'homme individuels. La comparaison entre l'étude de cas italienne et la réforme constitutionnelle en France montre que l'activité du médiateur des droits de l'homme est dysfonctionnelle pour les gouvernements autoritaires et favorise une démocratisation complète des institutions politiques..

Mots-clés : Ombudsman, droits de l'homme, institutions démocratiques.

Autore: Marco A. Quiroz Vitale, Prof. Aggr. di Sociologia del Diritto, Università degli Studi di Milano; traduit par: Sandrine Diringbin Bassin

Articolo ricevuto il 26 aprile 2018 approvato il 30 maggio 2018

1. Ombudsman: une définition impossible

L'Ombudsman est une institution juridique ayant eu du succès en dehors des frontières suédoises, où celle-ci a été créée au cours des premières années du 17^{ième} siècle en raison de l'adoption, de la part de cette nation, du modèle français de l'Etat de droit comme outil de contrôle du Parlement contre le Pouvoir exécutif et judiciaire (Bull 2000) ; cela dit, suite à une large diffusion, les caractères originaux

de cette figure ont été nuancés à tel point que d'après un célèbre chercheur, Donald C. Rowat, dans plusieurs pays du Common Law, les Etats Unis et le Canada par exemple nous pouvons assister à une perte progressive du sens du terme, une sorte d'atténuation qui mène à considérer, dans les pays américains et dans les provinces canadiennes, '*Ombudsman*' comme étant toute sorte de service chargé de recevoir les plaintes portées contre les organismes publics ou privés (Rowatt, 2007). Ce qui est particulièrement intéressant est le développement en Europe de cette institution. De ce fait, l'expansion de l'Ombudsman en Europe, au cours des dernières décennies, confirme l'extraordinaire capacité d'adaptation de cet organisme et la réceptivité des pays faisant partis de la culture démocratique continentale par rapport à cet original instrument juridique.

L'expérience française du Médiateur (aujourd'hui Défenseur des droits¹) est en quelque sorte le cas emblématique des problèmes que la réception de l'institution peut causer dans les différentes cultures juridiques. En effet, l'introduction de cette figure a été accueillie avec scepticisme dans les milieux académiques et avec hostilité par les membres du Conseil de l'Etat, ayant tous convenus sur l'inutilité d'un Ombudsman dans un système juridique, tel que le système français, où le développement du droit administratif et la possibilité de faire recours à des instruments de justice administrative bien précis garantissait déjà aux citoyens une ample protection contre les administrations publiques. Il y a toujours le célèbre aphorisme du Prof. Drago: "le meilleur Ombudsman c'est le Conseil d'Etat", porteur de l'opinion commune affirmant que la légalité de l'œuvre de l'administration publique est déjà suffisamment garantie par le Conseil de l'Etat. Autrement dit, cela implique que le succès de cette institution dans d'autres pays serait lié au manque d'une culture du droit administratif bien établie. Et pourtant, en dépit des jugements et des prévisions négatives concernant l'œuvre de cette figure, une évaluation générale de l'action du Médiateur a prouvé une concrète possibilité d'adapter, sans extrêmes difficultés, le modèle de l'Ombudsman aux exigences d'un système juridique de droit administratif. Le Conseil d'Etat et le Médiateur se sont avérés des institutions complémentaires plutôt qu'incompatibles ou rivales. Toutes ces prophéties funestes ne se sont pas réalisées et l'*Ombudsman*, au cours de ces années, a été institué en Europe tant par l'Angleterre que par la France, deux Etats généralement opposés dans l'expression de deux structures et cultures administratives inconciliables ; en effet, nous savons que *The Parliamentary Commissioner for Administration* a été institué par le *Parliamentary Commissioner Act* de 1967, comme réponse du gouvernement laboriste à une demande insistante de la part d'un groupe influent de juristes anglais appartenant à l'association JUSTICE (section anglaise de l'International Commission of Jurist). L'étude intitulée "*The Citizen and the Administration*", menée par JUSTICE sous la direction de Sir Jhon Whyatt fut publiée en 1961, suivie en 1971 par la tout autant célèbre étude "*The Citizen and the Council*". (Marshall 1965: 173-185; Gregory, R., Giddings, Ph. 2002: 53-65). Le Médiateur de la République, d'autre part a été institué en 1973 lorsque le gouvernement gaulliste s'est approprié des projets de loi proposés par les partis de l'opposition, en incluant la réception de l'*Ombudsman* dans les reformes visant à une amélioration de l'efficacité et de l'humanisation de l'administration publique, sans pour autant remettre en cause la suprématie de l'Administration Publique envers les destinataires de ces dispositions.

Actuellement tous les pays membres de l'Union Européenne (UE) ont introduit dans leurs systèmes respectifs une telle institution; la plupart (25 sur 27) est fourni d'un Ombudsman national, l'Allemagne est dotée d'un Ombudsman pour chaque *Land* et un *Petitionsausschuss* auprès du *Bundestag* tandis que l'Italie a prévu que des Ombudsman régionaux ou locaux sans aucune commission nationale pour les pétitions. L'UE elle-même est dotée de son propre Ombudsman depuis

¹ Inscrite dans la Constitution depuis le 23 juillet 2008 et instituée par la loi organique et la loi ordinaire du 29 mars 2011, « Défenseur des droits » regroupe les missions du Médiateur de la République, du Défenseur des enfants, de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE) et de la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS).

1993 et ce dernier avec la Cour de Justice a créé un vrai réseau de gouvernements plus transparent pour les citoyens européens (Harlow, C. e Rawlings, R., 2007).

Pour finir, même au niveau du Conseil d'Europe 45 des 47 Etats membres, prévoient des formes nationales ou régionales de défense civile. Une telle expansion, dont la raison n'est certainement pas loin du fait que l'UE pose l'institution d'un « défenseur civil » comme une des conditions d'admissibilité des nouveaux membres, a attiré l'attention de la communauté scientifique sur cette figure, source d'inspiration pour de nouvelles études comparatives (Kucsko-Stadlmayer, 2008).

L'Ombudsman, comme institution juridique et comme figure sociale se différencie et se spécialise en fonction des régions (telle que l'Europe) et des nations; cela rend encore plus difficile toute tentative d'élaborer une définition qui puisse valoir synchroniquement et diachroniquement dans chaque pays où cette institution a été introduite, qui ne soit pas le fruit de simple et arbitraire généralisation². Il y a toutefois un consensus unanime sur la précision de la définition proposée, en 1974, par l'*International Bar Association* (IBA): *“An office provided by the constitution or by action of the legislature or Parliament and headed by an independent high level public official who is responsible to the legislature or Parliament, who receive complaints from aggrieved persons against government agencies, officials and employers or who acts on his own motion, and has power to investigate, recommend corrective actions and issue reports”* (citation de Seneviratne, 1994: 5). Cela représente une efficace synthèse des éléments caractérisant la plupart des défenseurs civils à l'époque de la forte diffusion internationale de cette institution. Encore aujourd'hui l'*Ombudsman* se présente fréquemment comme un organisme public « prévu par la constitution, par la loi ou institué par le parlement »; une autre caractéristique typique de cette figure est que très souvent la personne chargée est « un fonctionnaire de très haut niveau » soumis à un lien de confiance au Parlement ou au Conseil électif qui l'a nommé. Cet organisme agit suite à la réception des recours fait par les personnes dont les intérêts ou les droits ont été bafoués par les décisions administratives ou par les départements des fonctionnaires ou des employés publics ou encore il peut exercer sa fonction *ex officio*. D'après la définition donnée ci-dessus, en général les pouvoirs de l'organisme consistent en: (I) le droit de mener des enquêtes sur l'œuvre de la A.P. ; (II) le pouvoir de faire des recommandations au but de corriger l'activité administrative effectuée; (III) l'élaboration de rapports provisoires et définitifs sur l'activité des administrations publiques enquêtées.

La définition de l'IBA a eu un tel succès au point d'être considérée l'expression d'une version « classique » de l'*Ombudsman*, bien qu'elle soit loin de l'archétype suédois à tel point qu'elle peut être opposée aux figures de défenseur civil de la troisième génération, ou « hybrides » (Reif 2004), auxquelles elles appartiendraient, en outre, les ombudsman pour les droits humains ayant la responsabilité de protéger les droits fondamentaux et de remédier à la mauvaise administration (comme le *Defensor del Pueblo* en Espagne, le *Provedor de Justiça* au Portugal) et les ombudsman créés pour renforcer les procédures de démocratisation en Europe de l'est, en Asie, et Afrique, etc. Une évolution originale de la définition proposée est la tentative de « classification en modèles » des ombudsman européens, réalisée par Gabriele Kucsko-Stadlmayer, (2008: 59-67). D'après l'auteur il serait possible d'identifier: I) un modèle classique “Basic Model” caractérisé par l'absence de pouvoirs coercitifs - et nettement conforme à la définition de l'IBA ; II) un modèle compatible avec l'« Etat de droit », “Rule of Law Model” - caractérisé par des pouvoirs additionnels, y compris le

² Un large aperçu des définitions se trouvent dans Boustas (2005: 42-49) qui fait une distinction entre les définitions se basant sur des critères politiques et constitutionnels, celles se basant sur les pouvoirs juridiques attribués par les normes et, enfin, celles se basant sur le rôle joué par l'institution. Les conclusions de Boustas auraient tendance à proposer la définition suivante : “Institution chargée de contrôler en toute indépendance l'action de l'administration en vue de mettre fin à un préjudice résultant d'un conflit d'intérêts impliquant administration(s) et/ou citoyen(s), par un pouvoir de recommandation et de réforme sans force coercitive et disposant d'une forte liberté d'action et d'accès à l'information”.

recours à la Cour Constitutionnelle pour faire valoir l'illégitimité des lois ou règlements ou de l'exercice de l'action pénale ou disciplinaire contre les fonctionnaires publics - puisque destiné à garantir que l'activité de l'administration publique procède entre les limites prévues par la loi, et enfin III) un modèle inspiré par la défense des « Droits Humains », "Human Rights Model" - caractérisé par des pouvoirs spécifiquement axés sur la protection des droits fondamentaux. En réalité, une telle proposition de classification et définition, bien qu'insérée dans une large et valable étude comparative, ne semble pas correspondre à l'objectif déclaré de vouloir identifier des modèles de Ombudsman, scientifiquement fondés, et il n'est même pas évident d'y trouver une utilité heuristique; cela semble simplement s'ajouter aux autres taxonomies. Si l'on élargie l'horizon du paysage international, le Babel des définitions se développe de façon spectaculaire ainsi que les différentes approches des institutions juridiques se reconnaissant ou tentant d'affirmer leurs positions dans la foulée du mouvement d'expansion de l'*Ombudsman*. De manière proportionnelle augmente, donc, les exigences taxonomiques ayant atteints certains niveaux d'une extrême analyticité, à tel point que l'on risque de perdre dans une générale « atténuation » du concept, le sens donné de cette institution.³

En ce sens il peut être utile de faire une analyse sociojuridique qui, mettant de côté le problème de définition, serait capable de décrire l'Ombudsman comme étant un idéaltype d'autrui chargé des conflits entre les intérêts publics et privés et qui, pour ses caractéristiques structurelles, remplit des fonctions sociales bien précises et surtout dans le domaine des droits humains.

Dans le domaine des interactions conflictuelles entre les pouvoirs privés et publics il faut considérer l'*Ombudsman* comme un *tiers* c'est-à-dire la personne capable d'intervenir dans un conflit avec des pouvoirs de nature diverse - décisionnelle ou de proposition - qui lui sont reconnus par les parties en lice (Ferrari 1987:180). Un point de départ important peut être, donc, l'essai classique de 1966 "The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict Resolution" où Torstein Eckhoff définit de manière efficace trois idéal-types :

Le premier est celui du *Médiateur* en tant que figure impartiale faisant appel aux intérêts des parties plutôt qu'aux facteurs normatifs dont elles pourraient bénéficier. Dans la médiation, il s'agit avant tout des intérêts des parties et donc l'abilit   du médiateur consiste en la capacité d'envisager un cadre d'intérêts futurs qui puisse être accepté par les deux parties ; tandis que "If however the parties consider the norms as giving answers to the questions being disputed, but disagree on what the answers are, the possibilities for mediation will, as a rule, be weakened" (Eckhoff T., 1966:159-160).

Le deuxième est l'idéaltype du *Juge* qui se distingue du médiateur par le fait que son action fait référence aux normes plutôt qu'aux intérêts. Son devoir ne consiste pas en une tentative de réconcilier les parties, mais par contre de décider quelle partie a raison. Le juge aussi est un tiers impartial, c'est-à-dire qu'il n'est pas considéré impliqué aux intérêts des parties.

Cette dernière caractéristique différencie nettement les précédentes figures de l'idéaltype de l'*Administrateur* qui est porteur de son propre intérêt particulier dans le cadre du conflit et en raison de cela il cherchera une solution satisfaisante. Contrairement à la médiation, le recours aux normes de références par rapport à une pondération des intérêts en jeu est moins important car la participation des parties à la prise de décision n'est pas nécessaire. D'après Eckhoff les changements se produisant dans le système social de référence peuvent mener au changement du procédé de traitement des conflits. Ainsi, le tiers *Administrateur* peut se transformer en juge ou médiateur et vice-versa au cas où il changeait son propre intérêt en définitive, en cas de refus de la décision administrative de la part des parties ou pour un intérêt commun à trouver une solution au litige, ou encore si en attendant,

³ La taxonomie plus précise et analytique est attribuée à Linda C. Reif qui identifie 10 catégories d'Ombudsman et plusieurs sous-catégories dont le croisement porterait aux principales « variations sur le thème » de l'Ombudsman (Reif, 2004: 26-28).

l'évaluation de l'importance des normes a été modifiée dans la solution du litige et la possibilité d'imposer la décision aux parties.⁴

En tenant compte de l'évolution du rôle élastique que peut assumer le tiers au cours du conflit, nous pouvons supposer que l'*Ombudsman* pourrait être identifié comme « un quatrième idéaltype », dans le cadre générale décrit ci-dessus⁵. Dans une optique wébérienne, par *idéaltype* nous entendons une construction logique fruit de l'accentuation unilatérale de certaines caractéristiques présentes dans les diverses réalités de cette institution, sans aucun objectif taxonomique, de modélisation et de définition. Le type de l'Ombudsman, comme je l'ai exprimé ailleurs, peut être reconstruit en tant que sujet « tiers » intermédiaire entre les citoyens et l'administration publique (Quiroz Vitale 2010).

Effectivement, cette proposition s'éloigne de l'opinion commune et prévalant, affirmant que l'Ombudsman ne doit rien faire d'autre qu'une forme particulière de médiation. Les analogies entre Médiateur et Ombudsman sont, en réalité, très profondes et méritent d'être analysées de façon plus détaillée, pour éviter des malentendus. Un moment de réflexion, sur la question, nous est fourni par l'essai révélateur d'un des plus influents philosophes du droit américain du siècle dernier ; c'est en effet à Lon L. Fuller qu'il faut reconnaître une analyse approfondie de la médiation dans le domaine juridique (1970-71: 305-339). Aussi, d'après Fuller, lorsque le recours aux références juridiques surgit, dans le désaccord entre les deux parties, l'espace pour une activité de médiation est absente. Cela en raison du fait que la caractéristique fondamentale de la Médiation accentuée par le philosophe consiste en la *“capacity to reorient the parties toward each others, not by imposing rules on them, but by helping them to achieve a new and shared perception of the relationship, a perception that will redirect their attitudes and dispositions toward one another ”* (Fuller 1970-71: 327). Comme les chercheurs de la médiation le savent bien, celle-ci est réellement efficace pas tellement lorsqu'elle induit les parties à accepter les règles formelles pour la gestion de leurs rapports futurs, mais plutôt quand elle les aide à se débarrasser de l'ingérence des règles hétéronomes comportant un rapport de respect, confiance et compréhension réciproque qui leur permettra d'affronter les imprévus communs à tous les deux sans l'aide de conditions formelles préalables. La mission du médiateur, dans une perspective sociojuridique, n'est donc pas de suggérer des normes aux parties, en garantissant le respect de celles-ci, mais plutôt d'éveiller la confiance et la compréhension réciproque qui permettront aux parties d'établir leurs propres règles (*to work out their own rules*). De plus, toujours d'après Fuller, dans ce contexte la création de règles convenues entre les parties est un processus qui ne peut être *hétéro-ajusté* ; il peut par contre être guidé par un sens de responsabilité partagée et par la constatation que les aspects négatifs de l'opération font partie d'un projet de collaboration plus vaste. La tâche principale de l'arbitre, d'après Fuller, est donc d'induire cette *“attitude mentale et spirituelle”* en aidant les parties à identifier les concrètes modalités permettant qu'un tel comportement puisse avoir un impact sur leur bénéfice mutuel. (Fuller 1970-71: 326)

Cependant, ce petit défi lancé au Médiateur est semblable à certaines des tâches attribuées aux autorités administratives, surtout dans le domaine social. Avec la diffusion des services du *welfare state*, Fuller remarque comment il est imposé de plus en plus, de manière fréquente, aux fonctionnaires

⁴ Il a été observé comment le modèle tripartite de Eckhoff déchaîne un croisement d'un critère juridique (le recours aux références normatives) et un critère sociologique (l'intérêt à la solution du conflit); tandis que d'autres auteurs ont préféré éviter des références aux fondements juridiques formels, ainsi Jack Kurczewski a préféré utiliser deux critères différents: (i) que l'intervention du tiers soit conditionnée ou moins par la volonté des parties ou pas; (ii) que la décision soit contraignante ou pas pour les parties. (Ferrari 1989:182) Nous retenons, en effet, la perspective de Eckhoff, plus conforme à l'approche analytique de la sociologie juridique.

⁵ La nature originale de l'Ombudsman, sous le profil de la politologie, est parfaitement décrit par Magnette (2003);

publics de faire des choix pas strictement règlementés par la loi⁶ où le mélange et l'interdépendance des intérêts individuels augmentent de jour en jour et les décisions publiques finissent donc par influencer profondément les vies humaines. Des décisions de ce genre devraient avoir des profils de médiation, c'est-à-dire qu'elles devraient être structurées à travers des procédures ouvertes et consultatives, puisque le décideur ne fait que distribuer les ressources publiques, bien qu'elles soient en disponibilité limitée. Il s'agit donc de décisions arbitraires⁷, *sans aucun appui juridique* à l'exception de mener à des résultats substantiellement iniques. Fuller s'exprime justement en ces termes : « La solution américaine *standard* pour les problèmes de ce genre, tels que nous venons de décrire, est de « juridifier (juridiciser) » ou « légaliser » les tâches administratives impliquées. Il est évident que le prix de ce prétexte est l'inévitable réduction des éléments de consultation et de médiation dans l'opération. L'expression « le droit n'a pas de respect pour les personnes » peut, non sans raison, être interprétée dans le sens que les opérateurs juridiques n'ont pas l'obligation de s'informer des préférences des personnes et, en effet, si une telle chose se produisait cela serait inapproprié. Il est probable que cette interprétation soit particulièrement attirante pour le bureaucrate, surchargé de travail, qui accomplira plus facilement sa mission s'il pourra répondre aux personnes qui le submergent avec les propres besoins « Désolé, je dois respecter les règles » (Fuller 1970-71: 337).

Il ne s'agit pas des personnes ne comprenant pas comment ce secteur puisse être considéré le domaine typique d'intervention de l'Ombudsman. Ce dernier, tout en restant tel quel, réintroduit dans le processus décisionnel des bureaucrates, ce qui est forcément "*act-oriented*", des éléments "*person-oriented*", normalement implicites à la médiation.

L'Ombudsman est en effet un sujet qui, tout comme le *Médiateur*, reste équidistant par rapport aux « intérêts » en jeu ; d'une part l'Ombudsman, est étranger au privé, qu'il ne doit pas « forcément » défendre ou partager, bien que l'expression Défenseur des droits ('Defensor del Pueblo', 'Difensore civico') soit ambiguë ; d'autre part, il est très loin de l'intérêt public, qui contrairement à l'Administration Publique impliquée dans le conflit, n'a pas de mandat institutionnel à réaliser.

Néanmoins, au-delà de ces importantes analogies, il est possible d'identifier des différences significatives. De ce fait, contrairement au *Médiateur*, pour l'*Ombudsman* le facteur normatif occupe une importance cruciale dans ses activités ; cela semble rapprocher cette institution à celle du *juge*, le « défenseur civil » devient interprète d'une expectative de justice qui très souvent comporte une interprétation différente ou une application des normes en vigueur, dans d'autres cas il est nécessaire de les surpasser. Pour finir, contrairement à l'*Administrateur* et au *Juge*, l'*Ombudsman* ne peut imposer les propres décisions, mais il peut uniquement exercer des activités d'influence et de persuasion envers les parties impliquées à travers des recommandations, des exhortations ou à travers la publication des rapports adressés aux autorités politiques. En effet, la différence entre la technique de l'*Ombudsman* et celle de la figure judiciaire se mesure en considérant les pouvoirs de l'organisme par rapport aux parties. La caractéristique constante de l'*Ombudsman* est le manque de toute possibilité d'imposer la décision aux parties et surtout à l'administration publique. Ce qui distingue cet organisme est justement le pouvoir de mener des enquêtes sur l'œuvre de l'administration publique, de

⁶ Fuller rappelle les cas emblématiques "de distribuer des subventions, disponibles en quantité réduite, à ceux qui en ont le plus besoin", ou encore " de l'hôpital public surpeuplé qui doit allouer pas d'utilité mais plutôt désutilité lorsqu'il se voit obligé de demander à un certain nombre de patient, pas encore totalement rétablis, mais juste en voie de rétablissement, de libérer les lits et de rentrer chez eux afin de laisser la place aux patients gravement malades" (Fuller 1970-71:336).

⁷ Il y a une sorte de pouvoir discrétionnaire dans "les procédés d'action et de décision dans lesquels les personnes, bien qu'étant guidées par des normes juridiques, agissent dans les limites effectives de leur pouvoir qui les laissent libres d' « effectuer un choix parmi les possibles voies d'action et d'inaction » (Quiroz Vitale, M. A. 2005: 51).

rendre les résultats des enquêtes publics, de rédiger des rapports et de faire des suggestions sous forme de recommandations.

L'*Ombudsman* se différencie nettement du Juge en raison des pouvoirs, des modalités et des finalités de son action qui ne vise pas à établir qui, d'après le contrat, a tort ou raison ; cela dit la différence plus importante - comme nous le verrons plus tard - se trouve exactement dans l'importance du facteur normatif. Le juge doit appliquer et interpréter la loi en vigueur, telle quelle, tandis que le défenseur civil peut considérer la loi en vigueur ou son interprétation comme étant injuste et, par conséquent, œuvrer pour un changement en faisant référence aux principes généraux de la justice, à l'équité et aux droits humains tels qu'ils sont internationalement reconnus, même en absence de normes internes les appliquant.

2. L'affirmation de l'*Ombudsman* et son extension au domaine des droits humains

D'après un des plus grands savants sur le sujet, Linda C. Reif, depuis la moitié des années 70' du siècle dernier, certaines institutions identifiées comme « défenseurs des droits humains » sont apparus tant en Europe qu'en Amérique Latine, en Afrique, Asie et dans la région des Caraïbes. A vrai dire, les définitions normatives de ces figures sont tautologiques: "A human rights ombudsman can be described as an institution established by a government which has been given two role, to (1) protect and promote human rights of persons, usually against the state and (2) monitor government administration for legality and fairness" et celles-ci se réfèrent au "mandat" conféré à l'institution par le pouvoir législatif. En outre, la distinction entre cette forme hybride de *Ombudsman* et la forme classique est quelque peu nuancée puisque nous savons, et même Reif le reconnaît, que les défenseurs civils eux-mêmes, généralement voués au contrôle de l'honnêteté et à l'impartialité de l'activité administrative et au contrôle des signalements des cas de mauvaise administration, ne se limitent pas à l'application des droits humains pour l'évaluation de l'activité de l'administration publique. En suivant cette approche autoritaire, la caractéristique principale de l'*Ombudsman* des droits humains doit être recherchée parmi les principales fonctions sociales et politiques que cette institution exerce. La fonction typique de ces institutions est d'accompagner et de favoriser les procédés de modernisation démocratique des Pays dans lesquelles celles-ci exercent : ce fut le cas dans le sud de l'Europe dans les années 70' du siècle dernier avec l'institution du *Provedor de Justiça* au Portugal (1975) et du *Defensor del Pueblo* en Espagne (1978), dans plusieurs pays de l'Amérique latine au fur et à mesure que les gouvernements autocratiques et militaires laissent de l'espace aux formes de gouvernement démocratiques ; des situations similaires ont eu lieu dans l'Europe de l'est après l'effondrement du mur de Berlin et durant le processus d'intégration européenne envers les pays appartenant au bloc soviétique. Suite à l'échec des tentatives de modernisation autoritaire, mises en place par les régimes fascistes et totalitaires, les conditions ont été réunies pour favoriser le développement d'un appareil bureaucratique plus transparent et attentif aux besoins des citoyens où le respect des droits humains est devenu symbole d'un autre programme de développement socio-économique. Comme l'a clairement écrit Linda Reif: "A variety of public sector mechanisms have been introduced by these nations and, in particular, the hybrid human rights ombudsman has become popular. The establishment of the ombudsman can be seen as one concrete manifestation of country's attempts to develop democratic accountability and build good governance" (Reif 2004: 8).

Dans le contexte européen, l'étude comparative de Gabriele Kucsko-Stadlmayer, (2008: 10-36) démontre l'exigence de certaines caractéristiques structurelles uniformes caractérisant les *Ombudsman* européens : (1) plus le niveau hiérarchique de la source normative instituant l'*Ombudsman* est élevée

majeur est l'indépendance de l'institution, car cette dernière est protégée par des formes d'immunité juridique et de stabilité de la nomination à travers la prévision de la durée et des procédures spécifiques concernant la révocation; (2) la relation étroite avec le Parlement (ou tout autre assemblée élective politique à partir de laquelle l'Ombudsman a été élu) (3) au-delà des titres officiels ou des expériences précédentes, le pouvoir caractérisant la personne élue pour occuper cette fonction est liée par un rapport de confiance avec le Parlement (ou tout autre assemblée élective politique à partir de laquelle l'Ombudsman a été nommé); l'autonomie de l'action de l'institution est aussi garantie par une rémunération et par la mise à disposition d'un budget afin que cette institution ne soit soumise à aucun autre organisme administratif; (4) la possibilité d'examiner les plaintes reçues directement par les citoyens (souvent après un filtrage de la part du parlement) ou encore ouvrir des enquêtes *ex officio*; (4) l'attribution des pouvoirs de persuasion (recommandations, rapports, exhortations et conseils) d'information et d'accès sans aucune coercition (tel que l'annulation des décisions des organismes administratifs). La différente répartition des pouvoirs attribués aux divers défenseurs civils fut source d'inspiration pour les meilleures tentatives de classification. En général nous pouvons affirmer que la gamme de pouvoirs attribués aux Ombudsman européens doit être considérés comme étant au minimum des pouvoirs de persuasion et au plus haut niveau en tant que des pouvoirs de contrôle et contrepoids face aux pouvoirs traditionnels de l'Etat (législatif, exécutif et judiciaire) grâce, par exemple, à l'ouverture des procédures disciplinaires pour les juges ou des procédures de contrôle de la constitutionnalité de la loi, au-delà, bien-sûr, du contrôle de la légalité des actes de l'administration centrale ou locale de l'Etat.

Ce qui compte le plus, à propos du sujet ici traité, dans l'étude de Kucsko-Stadlmayer - qui est désormais en quelques sortes dépassé suite aux réformes effectuées dans plusieurs pays dont l'Italie, comme nous verrons dans le prochain paragraphe - est d'une part l'ample recours que l'on fait en Europe⁸ à l'utilisation des *droits humains* en tant que domaine d'intervention de l'Ombudsman et, d'autre part, en tant qu'outil de contrôle des pouvoirs publics et de la bureaucratie étatique. Les résultats de la recherche ont démontrés que les droits humains peuvent être pris en considération de trois manières: (1) en tant que partie intégrante du système juridique dans les pays démocratiques régis par « l'Etat de droit »; (2) en tant que condition juridique implicite du niveau *standard* de la « bonne administration »; (3) et en tant qu'explicite *standard* de contrôle. D'après les données de l'étude (datant d'octobre 2007) presque la totalité des Ombudsman institués en Europe au cours des vingt dernières années - en particulier dans les pays de l'Europe de l'Est, où le parcours d'intégration européenne a été lancé ou complété - sont les Ombudsman des droits humains. D'après le Professeur Kucsko-Stadlmayer "In those states the establishment of ombudsmen was intended to support the transition to democracy after a period of totalitarian regime. At this time, however, relevant regulations were also inserted into the legal bases of older institutions and were even provided for new Western European ombudsman. The assignment of the function of human rights protection to the ombudsman pays tribute to the enhanced significance of human rights within the European and the United Nations" (Kucsko-Stadlmayer 2008: 38).

Il est certainement raisonnable d'accepter l'observation citée ci-dessus, affirmant que l'inclusion de la protection des droits humains dans l'activité institutionnelle menée par les défenseurs civils en Europe a été influencée par une forte affirmation culturelle des droits humains (Friedman 2011), et il est tout aussi évident l'influence exercée par les changements socio-politiques, de moyen et long terme, sur les procédés sociaux, tels que fut le cas de l'Europe après l'effondrement du bloc soviétique. D'autre part ces procédés sociaux peuvent être interprétés, tout comme l'affirmait le Professeur Reif, comme

⁸ L'étude citée a été effectuée en examinant les institutions présentes non seulement dans les Etats membres de l'Union Européenne ou du Conseil d'Europe (l'Europe politique) mais aussi tous les Pays OSCE appartenant à l'Europe physique, y compris Israël.

l'expression de la tentative de transformer les revendications démocratiques en de concrètes réformes de l'appareil administratif et bureaucratique qui, grâce à l'Ombudsman, devient moins autonome et plus transparent, responsable et ouvert aux demandes des citoyens.

Cependant, comme indiqué dans le paragraphe précédent, l'analyse sociojuridique nous a été utile pour remédier à l'indécision définitionnelle en adoptant une approche idéal-typique, il est ainsi possible de formuler quelques hypothèses à propos du lien étroit existant entre les fonctions de l'Ombudsman et la protection des droits humains.

De ce fait, l'efficacité de l'action du défenseur civil est paradoxalement reliée au fait d'être étranger au système judiciaire (civil ou administratif). La possibilité d'un recours *standard* et les clauses générales telles que « la bonne gestion », « l'équité » et la « bonne foi », attribuée à l'Ombudsman un aspect de « non-légaliste », qui bien qu'irritant les juristes positivistes, permet au contraire de percevoir beaucoup plus clairement les effets indésirables, imprévus et injustes de l'action de l'administration publique, même au cas où cette dernière respectait à la lettre les prescriptions de la loi. Le concept de *mauvaise gestion* individuant le domaine d'intervention de tous les ombudsmen ne peut être limité aux catégories classiques du droit administratif, puisqu'il fait allusion à une justice faisant partie d'un ordre pré-juridique et, en quelques sortes supérieur à la loi. Le défenseur civil qui exploite les ressources dialogiques et persuasives est capable de se porter garant d'une revendication légale qui, bien-sûr, ne s'écarte pas des lois mais qui vise plus loin: communément, aux attentes partagées du « bon » et du « juste » aux liens sociaux et affectifs, et qui trouvent un fondement dans le *droit de la vie quotidienne* (Sarat A., Kearns, T.R. 1993). Il évidemment plus que raisonnable de considérer l'action du défenseur civil comme une interception, surtout, dans les phénomènes sociaux autres que ceux traités dans les salles des Tribunaux, mais pas moins importants; il arrive que le défenseur civil reconnaisse et traite toutes les formes de pouvoirs discrétionnaires, c'est-à-dire les expressions de « choix du décideur », qui se manifestent sous les différentes formes repérées par la jurisprudence (pensons, par exemple, aux actions ou inactions entamées *praeter legem*) ; ou qui accueille les plaintes concernant les anomalies de l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui ne se manifestent pas sous forme de « vice » de l'action administrative, comme il arrive dans les rapports quotidiens entre bureaucrates et administrés où les intimidations, les harcèlements, les retards, les silences et les manques de respect pèsent autant et même plus que les erreurs de compétences ou de droit. Dans ce sens, la référence à l'idéaltype de l'Ombudsman permet d'échapper, même « sur place », aux tentatives de juridification et de positivisation ou de procéduralisation d'une telle institution, qui reste irréductible au cadre légal-rationnelle dans lequel elle agit; car, bien qu'étant dotée de tels ou tels autres pouvoirs, d'un certain niveau ou d'un outil spécifique, le défenseur civil, dans son action, reste toujours « adressé à la personne », comme disait Lon Fuller et, c'est exactement pour cette raison qu'il se réfère toujours à un droit et a un sentiment de justice « différent », par rapport à celle rendue de manière contingente par les institutions publiques. Si cette interprétation de la figure est correcte, nous comprenons alors comment l'Ombudsman puisse utiliser, comme critère de jugement de l'action de l'administration publique, les Traités et les Conventions sur les droits humains pas encore ratifiés ou juridiquement contraignants pour les Etats signataires. Toujours est-il que dans cette optique il est compréhensible que les critiques de la part de l'Ombudsman contre une loi en vigueur, en fonction du contexte constitutionnel, se limitera à une demande de réforme au Parlement ou à la promotion d'un jugement ayant force déclaratoire de légitimité constitutionnelle de la normative; enfin, tous les défenseurs civils peuvent critiquer l'interprétation donnée, de la loi en vigueur, par les organismes de l'Etat afin d'en contester les conséquences irrationnelles, injustes ou lourdes pour les citoyens. Dans chacune de ces activités le respect des droits humains peut être invoqué comme partie intégrante de l'ordre juridique national et international et comme standard implicite et explicite du jugement. En particulier, la possibilité d'appliquer de manière implicite les droits humains comme critère de jugement de

l'injustice du comportement de l'administration publique, justifie la chance d'une institution telle que l'Ombudsman, dotée de pouvoirs certainement moins incisifs que ceux des Tribunaux, mais beaucoup plus « person oriented », plus capable de dialoguer avec l'administration publique et de percevoir les distorsions dues non seulement, ou pas tellement, à la violation d'une norme en particulier ou d'un groupe de normes, mais en raison des comportements, des préjudices, de l'héritage culturel ou d'un défaut de démocratisation. Comme il a été dit ci-dessus, pour l'*Ombudsman*, contrairement au *Médiateur*, le facteur normatif est essentiel, cela dit, il joue un rôle bien différent par rapport au *Juge*. Les Tribunaux - exception faite pour les fonctions idéologiques ou de substitution du système politique - doivent se limiter à appliquer et interpréter la loi en vigueur, telle quelle, tandis que le défenseur civil peut considérer la loi en vigueur ou son interprétation injuste et il peut donc s'activer pour une réforme ; cette fonction idéale, penchant à la justice, ou basée sur un esprit critique envers le système juridique, est renforcée par l'utilisation - en tant que critère de jugement pour l'évaluation de l'injustice des normes en vigueur - des droits humains, qui remplissent la même fonction idéale et critique dans le contexte normatif. Nous pouvons ainsi supposer que le modèle de l'Ombudsman est, plus que d'autres, approprié pour la protection des droits humains et pour leur développement ascendant à travers l'ouverture des processus de démocratisation et de participation. Une défense civile forte et active est signe de l'existence de profonds procédés sociaux de participation et de modernisation démocratique de l'Etat.

3. Le cas italien: la crise de la défense civile et le collapse de l'Etat de Droit.

L'action des défenseurs civils italiens fait partie d'un contexte institutionnel où l'Administration Publique et en particulier l'administration de la Justice italienne sont en pleine crise profonde dans les rapports avec les citoyens⁹. Au cours du 2010, une réforme normative a été effectuée¹⁰, puis un tournant historique a mis fin à la tradition "localiste" de la défense civile dans notre pays. La nouvelle discipline, apparemment justifiée par une exigence de réduction des frais dans les administrations municipales, introduite par la Loi financière de 2010 et complétée, avec quelques explications sur la phase transitoire, par la L. 42 de 2010, abolit d'une part la figure du défenseur civil pour le citoyen, et d'autre part les compétences originales et les activités des Défenseurs civiles provinciaux et régionaux restent intactes ; la crise économique et la conséquente réduction des ressources à disposition des administrations locales ont poussé à un réajustement du domaine d'activité de la défense civile locale qui actuellement est coïncidant avec le district territorial des provinces, quoique, comme nous le verrons après, de façon volontaire et conventionnelle en fonction des accords établis entre les administrations municipales et de la province dont ils font partie. Dans ce travail de rédaction, nous visons à reconstruire le cadre des variations subies par l'institution de l'Ombudsman dans la culture juridique italienne à partir de quelques données

⁹ L'image de la crise est donnée par la recherche interdisciplinaire "L'administration de la justice et de la Société Italienne de 2000", réalisée par le Centre National de la Prévention et de la Défense Sociale. Je me permets, en particulier de faire référence aux conclusions de l'essai de Morris L. Ghezzi et Marco A. Quiroz Vitale (2006).

¹⁰ La réforme a été introduite par la Loi Financière 2010, modifiée par le DL 25 janvier 2010 n.2 converti en Loi modifiée par la L. n. 42 du 26 mars 2010. La loi financière 2010 prévoit expressément à l'art. 2 paragraphe 186 lettre a) la "suppression de la figure du défenseur civil municipal dont l'article 11 du texte unique des lois sur le règlement des autorités locales, dont le décret législatif 18 août 2000, n. 267. Les fonctions du défenseur civil municipal peuvent être attribuées, à l'appui d'une convention spécifique, au défenseur civil de la province appartenant au territoire de la commune. Dans ce cas le défenseur civil provincial assume le titre de "défenseur civil territorial" et il est apte à garantir l'impartialité et le bon fonctionnement de l'Administration Publique, en signalant, même *ex officio*, les abus, les dysfonctionnements, les déficits et les retards de l'administration à l'égard des citoyens".

empiriques significatives, c'est-à-dire avec la méthode inductive typique de l'analyse sociologique du droit. En effet, la réforme de 2010 a permis aux administrations locales de conclure des accords avec les Provinces pour que les défenseurs civils provinciaux puissent combler la soudaine abolition de la figure pour le citoyen. Cependant, au cours de ces dernières années, l'institution choisie en tant que nouvel axe de la défense civile locale est l'objet de critiques sévères et de fréquentes propositions d'abolition ou d'amalgamation (Quiroz Vitale 2010 b).

Des flots d'encre ont été versés à propos de la crise en Italie (Guarnieri 2010, 2007)¹¹; cela dit les caractéristiques et les dimensions de la crise – telles qu'elles émergent de la recherche empirique sur le contentieux impliquant une des majeures institutions publiques italiennes: la « Province de Milan » (Quiroz Vitale 2010 b) dont les résultats seront illustrés – ne correspondent que partiellement à la représentation actuelles des difficultés des citoyens face à l'Administration Publique (*breviter* P.A.). Sous cet angle nous pouvons identifier au moins trois éléments dignes d'être mis en évidence: 1) la fragmentation des juges et des juridictions compétentes à juger l'activité de l'Administration Publique; 2) l'impact sociojuridique de la fragmentation de la juridiction et 3) le conséquent affaiblissement de « Etat de droit » dans notre Pays.

En ce qui concerne le premier point, d'après l'étude, la physionomie du Juge compétent à juger l'A.P. en Italie est plutôt différente de la représentation actuelle, en partant du débat public qui, face à la nécessité de limiter les frais de la politique, se concentre sur la proposition d'abolir les Provinces, malgré qu'elles soient expressément prévues par la Constitution. Du côté quantitatif, les juges de l'Administration (A.J.A.) sont au moins en pourcentage analogue par rapport aux juges civils (A.J.O.), tandis que la seule forme de résolution alternative des conflits (A.D.R.) pratiquée par la Province de Milan lors de l'enquête menée (2007/2008) est représentée par les décisions émises suites aux recours déposés par le Défenseur civil (environ 12% du total). Néanmoins, l'impact de l'action contentieuse et de l'A.D.R. sur la société est profondément inégal. Par contre, parmi les formes de A.D.R., le Défenseur civil - nous reviendrons sur le sujet *infra* - se pose en tant qu'institution très facilement accessible pour les citoyens et les entreprises, ceci n'est pas le cas pour les institutions chargées de régler les litiges dans le sous-système judiciaire.

Tandis que l'accès à la justice civile est beaucoup plus facile et à la portée d'un auditoire plus vaste de citoyens, notamment face aux Juges des prud'hommes et au Juges de Paix¹², cela n'est pas de même concernant la justice administrative. Les frais, les procédures et l'haute spécialisation requise pour accéder à la justice - et surtout à la justice administrative - sélectionnent *ex ante* la typologie sociale des sujets pouvant utiliser le contentieux comme un outil d'action sociale contre l'Administration Publique de sorte à ne faire valoir que quelques droits bien différenciés, les intérêts, les projets de développement, le *standard* de qualité de vie ou objectifs de préservation des conditions de salubrité du respectif monde vital.

Une fois éclairé le brouillard des traditions juridiques, la lumière est faite sur l'inconsistance des distinctions théoriques entre « droits » et « intérêts légitimes » sur lesquelles est fondé la répartition de juridiction entre A.J.A. et A.J.O., établie la discontinuité entre principe de « non interférence » des juges ordinaires sur l'activité de la bureaucratie correspondante à la tradition anglo-saxonne des « checks and balances » et celui de la stricte « séparation des pouvoirs » d'origine française, nous

¹¹ Le classement international concernant les termes des procès contenu dans le rapport "Doing Business" de 2010 que la Banque Mondiale rédige au but de fournir les indications aux entreprises sur les Pays où les investissements sont plus avantageux, classe l'Italie à la 156^{ième} place sur 181 Pays dans le Monde en relation à l'efficacité de la justice.

¹² Juges honoraires auxquels l'on attribue les matières d'une valeur inférieure dans le secteur civil ou les délits mineurs du secteur pénal.

nous demandons quel sens peut avoir aujourd'hui le système dualiste mise en place par la Constitution républicaine en Italie.

Quant au deuxième point, malheureusement, les données empiriques offrent une image de la juridiction à double tranchant (c'est-à-dire fondée sur la présence tant des juges ordinaires que des juges spéciaux) étroitement liée à la sélection préventive des sujets et des intérêts admis à prendre parole face à l'Administration Publique ; une sélection censitaire, culturelle et économique. Seuls les intérêts d'entreprise et les droits individuels profondément liés aux premiers ou soutenus par l'appartenance aux classes ou *élites* socio-économiques très élevés ont accès à la justice formelle. Les données relatives aux « matières » pertinentes au contentieux confirment l'implication que de « forts intérêts » tant dans le contentieux administratif que dans le contentieux civil (exception faite pour les litiges des prud'hommes ou du Juge de Paix). Tandis que les données sur les matières et les personnes ayant accès aux formes peu orthodoxes, pas chères et, parmi les conditions d'accès, n'imposant aucunement une haute compétence légale (tel que le Défenseur civil), fait comprendre que les groupes de population, titulaires d'« intérêts faibles », à exclusion de la justice formelle, sont beaucoup plus nombreux. L'exclusion d'un accès à la justice formelle est une conséquence de la structure du sous-système judiciaire. Si les données récoltées au cours de notre recherche et leur interprétation paraissent persuasives, il faut prendre acte de l'extrême « faiblesse » de l'Etat de droit en Italie. L'hypocrisie des juridictions générales et la variété des juridictions administratives spéciales et voire même l'archaïque remède « *giustiziale* » constitué du recours extraordinaire auprès du Président de la République, ce qui ne laisse certainement pas à l'Administration Publique des domaines d'immunité - comme peut-être c'était le cas lors des premières configurations de la justice administrative au XIX^{ème} siècle - mais cela fragmente, rend couteux, byzantin et, enfin, difficile l'accès aux juges de la part des citoyens et des entreprises. La « fragmentation » des tribunaux, des matières, des règles procédurales, des situations juridiques protégées, a mené à une situation tellement paradoxale que la possibilité d'obtenir une compensation pour les dommages subis (d'abord reconnus que par *pretoria*, depuis une décennie!) pour la violation d'un intérêt légitime, est vécue comme une importante conquête culturelle de la part des juristes de ces dernières décennies.

En ce qui concerne le troisième point, il ne faut pas croire qu'un tel état de fait ne soit pas pertinent à l'existence de l'« état de droit ». Comme le disait le philosophe du droit Josef Raz (1979 :214 e ss.) parmi les conditions institutionnelles de « l'état de droit » il est nécessaire de créer des cours de justice facilement accessibles à tous les citoyens. Sur cette affirmation, Emilio Santoro observe que cette exigence institutionnelle et les autres telles que l'indépendance du pouvoir judiciaire, la subordination à la loi dans l'exercice de l'action pénale et le contrôle de légitimité des actes administratifs et des lois, avec une organisation judiciaire caractérisée par des audiences publiques et des jugements fondés sur l'impartialité et l'équité, bien que prévus par Raz comme étant fonctionnels à la création d'une organisation juridique « neutre », en effet ceux-ci trahissent un contenu essentiel du Rule of Law (Santoro 2008: 104). Cette condition de l'Etat de droit n'est pas comblée si les droits sont artificiellement prédisposés au but de cacher la répartition juridictionnelle, si les normes procédurales découragent l'accès et la défense des droits correspondant aux intérêts collectifs ou diffusés dans les communautés et dans les groupes sociaux en faveur des droits et des intérêts des entreprises ou des individus appartenant aux groupes et aux classes privilégiées et financièrement plus fortes. D'après les données de la recherche il semblerait que les citoyens communs peuvent faire valoir leurs droits contre l'Administration Publique qu'à travers les actions formelles de justice facilement accessibles telles que les Juges des Prud'hommes et les Juges de Paix et, donc, c'est uniquement en relation à ces matières précises (droit du travail, circulation

routière, contraventions, ordres d'injonctions pour des infractions administratives) attribuées à ces juges.

De ce fait, la comparaison entre le contentieux de la Province de Milan (Quiroz vitale 2008) et l'activité de l'A.D.R. du Défenseur civil provincial, avoue être particulièrement intéressant. En premier lieu, tandis que le contentieux est entamé tant par les personnes que par les entreprises, le recours à l'A.D.R. du Défenseur civil est une prérogative (plus de 70%) des personnes. De plus, la structure particulière du sous-système judiciaire - exception faite pour les recours au Juge des prud'hommes ou au Juge de Paix - sélectionne ceux qui peuvent y accéder de sorte à reproduire les différences sociales à tel point que nous avons supposé que seuls les « forts » intérêts, tant individuels que d'entreprise, peuvent être accueillis dans le domaine de la justice formelle et, notamment, dans les sous-systèmes de la « justice administrative » au cas où un écart entre les personnes et les intérêts serait encore très évident. Et pourtant, l'analyse des demandes d'intervention au Défenseur civil indique que non seulement ces dernières proviennent pour la plupart des personnes mais aussi qu'elles ne correspondent pas à des « forts » intérêts ; la fonction de l'A.D.R. exercée par le Défenseur civil en Italie, correspond donc, au besoin de justice manifestée dans les secteurs les moins privilégiés de la société et pour qui la justice est un luxe. Dans tous les cas, face aux 306 cas de contentieux traités en 2007 et des 273 cas en 2008, le recours aux formes alternatives de justice pour le traitement des conflits impliquant la Province de Milan a été constitué d'un seul et unique cas d'arbitrage et de 70 cas de A.D.R. du Défenseur civil (41 cas traités en 2007 et 29 en 2008) ; actuellement le Défenseur civil représente la principale forme de résolution alternative des conflits de la Province de Milan.

4. Conclusions

L'expérience internationale de l'*Ombudsman* suggère qu'en Italie aussi, le Défenseur civil peut assumer un rôle efficace de structuration et de contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration et de préservation des droits humains, en 2010, il y a toutefois eu un changement radical de la structure qui a affaibli le rôle du Défenseur civil local, sans créer des mécanismes adéquats de compensation.

Nous savons bien que l'Italie est un des rares pays européens sans un Défenseur civil national, néanmoins les Défenseurs civils étaient, selon la tradition établie, éparpillés sur le territoire dans les villes, dans les provinces et dans les régions, comme les taches noires d'un léopard. Vers la fin des années 70 du siècle dernier, un vaste mouvement social faisait pression pour une modernisation des structures bureaucratiques italiennes, de même qu'à travers la proposition de l'institution d'un *Ombudsman* national ; cela dit ce furent les forces de l'opposition à l'emporter et c'est ainsi que l'attention fut portée sur des formes de *Ombudsman* territoriaux (Verde 1996: 10). Du point de vue historique, l'institution des Défenseurs civils régionaux peut donc être justifiée comme une virée vers une forme mineure de Défenseur civil, étant donné la nette opposition politique et les critiques constitutionnelles sévères portées par certains influents exposants de la doctrine ; des positions manifestant non seulement un préjugé par rapport à l'applicabilité en Italie d'une institution considérée étrangère à notre tradition juridique, mais surtout un préjugé négatif sur la possibilité de modifier les rapports déséquilibrés entre administration et citoyens¹³. Concernant l'option d'instituer

¹³ Il est impossible d'approfondir ici le sujet, bien qu'il soit remarquablement intéressant. Nous ne pouvons que renvoyer à la lecture de l'essai d'Alfredo Caracciolo La Grotteria, où il est possible de saisir l'écho du débat des

le Défenseur civil, d'autres savants ont mis en évidence à quel point a été décisif l'ambiance d'un nouvel enthousiasme que la mise en œuvre du régionalisme - prévu dans un premier temps par la Constitution - a créé dans l'attente de pouvoir réaliser de nouvelles formes de participation populaire à la gestion des affaires publiques (De Vergottini 1989:1). Les premières trois régions à pourvoir un Défenseur civil - en intégrant une disposition *ad hoc* dans le statut régional - ont été : la Toscane, le Lazio et la Ligurie. Depuis les années 70 à aujourd'hui presque toutes les régions ont adopté une Loi régionale similaire et, actuellement, la Loi 15 mai 1997, n.127 a attribuée aux Défenseurs civils régionaux un rôle de substitution par rapport à la fonction du Défenseur civil national, en attendant son institution¹⁴. Les Défenseurs civils des Provinces et des communes ont eu une propre discipline générale depuis 1990 (l'art. 8 de la loi 8 juin 1990 n. 142) et ils ont maintenant une source normative principale à l'art. 11 du décret législatif 18 août 2000 n. 267 qui stipule comme il suit: « Le statut municipal et provincial peuvent prévoir l'institution du défenseur civil, avec des tâches de garantie de l'impartialité et du bon fonctionnement de l'Administration Publique municipale ou provinciale, en signalant, *ex officio*, les abus, les dysfonctionnement, les déficits et les retards de l'administration à l'égard des citoyens ». La référence aux abus, dysfonctionnement, déficit et retards est très importante étant donné qu'il s'agit du célèbre domaine d'intervention de *mauvaise gestion*. Nous pouvons donc affirmer que les Défenseurs civils italiens sont certainement attribuables à l'idéaltype de *Ombudsman*, bien qu'ayant reçu certains pouvoirs spécifiques du type « giustiziale »¹⁵ ou administratif (substitutif ou de contrôle)¹⁶, qui toutefois n'en modifient pas les caractéristiques.

En 2010, comme anticipé ci-dessus, la L. n. 42 de 2010 a changé la structures de la défense civile en éliminant la figure « historique » du défenseur civil pour le citoyen, en attribuant ses compétences aux Défenseurs civils provinciaux et à l'institution « Province », à laquelle les citoyens portent un

années '70 et un ensemble du comportement conservateur de la doctrine italienne: "au-delà des difficultés de l'ordre politique et constitutionnel qu'une institution implique, cette dernière pourrait se concrétiser en un nouveau bureau à caractère bureaucratique, qui risquerait d'alourdir l'organisme complexe qu'est l'actuelle a.p., sans offrir pour autant des perspectives appréciables tant comme outil de contrôle du bon fonctionnement de l'action administrative que pour la protection du citoyen" (Caracciolo 1979: 495). Nous avons aussi les conclusions contraires de Francesco Sernia, qui commente le brouillon du projet de loi sur l'institution du Défenseur civil élaboré en 1981 par la Commission instituée expressément à cette fin par le Ministère de la fonction publique: "le nouvel organisme constituerait une autre pièce de l'élaboré mosaïque qui caractérise l'existence d'un Etat moderne et démocratique" (Sernia 1995: 330).

¹⁴ L'Art. 16 (Défenseur civil des régions et des provinces autonomes) de la L. 127/97 prévoit que "1. A protéger les citoyens résidents dans les communes des régions respectives et provinces autonomes et des autres sujets légitimés tel que déterminé par les règlements de chaque région et province autonome, le défenseurs civils des régions et des provinces autonomes exercent, jusqu'à l'institution du défenseur civil national, à l'égard des administrations périphériques de l'Etat, en excluant les questions en matière de défense, sécurité publique et justice, les mêmes fonctions de demande, proposition, d'exhortation et d'information que les règlements respectifs leur attribuent à l'égard des structures régionales et provinciales. 2. Les défenseurs civils envoient au Président du Sénat de la République et de Chambre des députés dans les délais du 31 mars un rapport sur l'activité effectuée au cours de l'année précédente conformément au paragraphe 1".

¹⁵ Nous faisons référence, par exemple, au pouvoir de *constitution de la partie civile* dans les procès pénaux en défense des personnes porteuses d'un handicap en conformité de la loi 5 février 1992, n. 104 Loi-cadre pour l'assistance, l'intégration sociale et des devoirs des personnes handicapées (Art. 36, paragraphe 2) ou au pouvoir de réexaminer le refus d'accès à l'exercice inverse à un citoyen conformément à la Loi 24 novembre 2000, n. 340 "Dispositions pour la déréglementation des normes et pour la simplification des procédures administratives".

¹⁶ Par exemple le pouvoir de nomination des commissaires *ad acta* au but de surmonter l'omission des actes nécessaires de la part des institutions locales, conféré aux Défenseurs civils régionaux par le Décret législatif 18 août 2000, n. 267 Texte Unique des lois sur le règlement des institutions locales (Art. 136) ou encore le pouvoir d'effectuer un contrôle éventuel et facultatif de légitimité sur tels ou tels autres actes des institutions locales conféré aux Défenseurs civils municipaux ou provinciaux (Art. 127, D.lgs 267/2000).

regard de plus en plus soupçonneux puisque la province est sujet aux fréquentes campagnes d'abolition étant donné que cette dernière est considérée une institution inutile (Boccalatte 2008).¹⁷

Environ deux ans après la réforme, il y a un ultérieur aspect à prendre en considération. La crise de la défense civile en Italie risque d'empirer à cause d'un double *déficit* structurel. D'une part l'absence d'un défenseur civil national prive le réseau des Ombudsman Italiens d'un point de force du modèle international de cette institution et cela implique une relation juridique étroite avec le Parlement et avec les organismes au sommet des pouvoirs étatiques. D'autre part, l'abolition des défenseurs civils locaux a privé le réseau des ombudsman italiens d'un contact direct avec les citoyens qui considéraient l'ombudsman un interlocuteur proche de leurs besoins. La défense civile provinciale n'a pas démontré au cours de ces années une capacité à maintenir le contact avec les citoyens et de savoir coordonner les interventions en leur faveur, cela est aussi dû au fait que le défenseur civil, à ce niveau territorial, est lié à l'image et l'œuvre d'une institution, la Province, qui d'année en année est de plus en plus sujet de critiques et projets législatifs d'abolition. Tout cela, évidemment, nuit à la crédibilité et à l'autorité de cette institution. La défense civile italienne, est donc trop loin des sommets de l'Etat et maintenant elle a aussi perdu crédibilité et prestige aux yeux des citoyens. Il n'est pas étonnant que les défenseurs civils italiens, occupés par une activité « inappropriée » - c'est à dire impliqués dans les activités de A.D.R. qui devraient être secondaires par rapport à leur mission¹⁸, ils n'arrivent pas à devenir les défenseurs des droits humains, incapables de les placer au centre de leur agenda public dans notre pays.

L'affaiblissement de la défense civile en Italie constitue un exemple paradigmatique des processus évolutifs auxquels sont sujets, même dans les démocraties occidentales, les tentatives de démocratisation des institutions. Ces changements ne sont pas toujours évidents comme en Roumanie durant la crise constitutionnelle de 2012, qui a impliqué directement aussi le défenseur civil, mais cela peut se passer de manière rampante comme en Italie ; Un Pays où, suite au vent de renouveau des institutions de '68, le système politique a évité d'instituer un Ombudsman national en mettant en évidence, la fonction de A.D.R. des défenseurs civils locaux et régionaux. Contrairement à la plupart des Pays membres de l'Union Européenne les défenseurs civils italiens n'ont jamais eu de succès en tant que gardiens du respect des droits humains et leur présence au côté des citoyens a été ultérieurement réduite à partir de 2010 avec l'abolition de la figure de l'Ombudsman des citoyens maladroitement remplacé par une figure provinciale : une institution controversée et objet de fréquentes critiques et projet d'abolition.

Il est possible de distinguer deux scénarios. D'un côté, on suppose que l'affirmation de la figure de l'Ombudsman des droits humains est un phénomène lié aux efforts appliqués par les nouvelles et jeunes démocraties pour le développement des corps bureaucratiques effectivement transparents et

¹⁷ Nous signalons que la Loi 42 de mars 2010, art. 1 sexies paragraphe 2 dernier cpv. prévoit que: "Les dispositions dont l'article 2, paragraphe 186, lettre a) et d), de la loi n. 191 de 2009, ici modifiée par cet article, s'appliquent, dans toute municipalité intéressée, dès la date de délai des respectives charges des Défenseurs civils et des directeurs généraux en fonction à la date de l'entrée en vigueur de la loi de conversion du décret ici présent"; la modification du domaine territorial de la défense civile, sera effectuée, progressivement, au but de laisser le temps aux provinces de mettre en place un plan pour des fonds et un renforcement adéquat de la défense civile, prévoyant les ressources adéquates grâce aux subventions qui en fonction des modèles établis dans d'autres Provinces de la Lombardie et d'autres Régions, il est possible de demander aux communes impliquées une contribution aux frais en raison du nombre d'habitants assistés ou des dossiers traités.

¹⁸ D'après la perspective traditionnelle, le Défenseur civil serait un "équivalent fonctionnel du Juge", et donc son activité aurait un effet déflationniste sur la charge de travail des Cours; cette explication ne paraît toutefois pas une des meilleures car, comme nous avons justement observé, les modalités d'accès à l'Ombudsman, ses structures et ses procédures ne sont telles à pouvoir supporter une énorme charge de travail comme ce qui correspondrait à la multitude de small claims contre l'Administration Publique (Harlow 1978: 450).

ouverts aux demandes des citoyens ; d'autre part il est tout de même vrai, comme le démontrent les plus récentes enquêtes menées en Europe, que même les démocraties les plus solides ont assisté à une transformation progressive du rôle des défenseurs civils de la première ou deuxième génération, en passant de simple outil à disposition du Parlement en tant que contrôleurs du pouvoir exécutif, au rôle de garants des procédures administratives démocratiques et acteurs sociaux aux premiers rangs pour la défense des droits humains. Cela dit, dans cet essai nous visons aussi à souligner combien la crise de la justice et de la situation économique défavorables peuvent conduire les gouvernements à chercher l'efficacité de la machine bureaucratique à travers des modernisations autoritaires, provenant du sommet étatique et appliqué à travers les décisions administratives discrétionnaires, sans prendre en considération les droits des citoyens.

Dans le premier scénario de modernisation le rôle du défenseur civil peut trouver une place adéquate, comme le cas de la France avec la "Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République". Le Défenseur civil est défini dans la littérature internationale sur la question, en tant que l'organisme institutionnel capable d'intercepter et de structurer les formes de pouvoirs discrétionnaires de l'Administration Publique différente de celle dont le contrôle est traditionnellement assigné, par la culture juridique interne, à l'activité du juge administratif et d'activer des formes positives de participation des groupes et citoyens aux affaires publiques (Animali 2010: 171-172). Dans le deuxième scénario la présence, bien que purement éventuelle, des défenseurs civils poltrons est un obstacle à la réalisation des objectifs d'« ingénierie sociale » qui ne doivent être ni encombrés ni limités dans l'acquisition du consentement des destinataires des décisions là où la participation cause des « frais de transaction » excessifs. L'analyse du cas italien offre suffisamment de confirmations empiriques à l'hypothèse que la figure de l'Ombudsman, surtout si assignée à la défense des droits humains, n'est pas cohérente avec un procédé de modernisation autoritaire des affaires publiques. L'activité du Défenseur civil en Italie a toujours été contestée et depuis 2010 elle est en cours de progressive élimination justement parce qu'elle est potentiellement capable de soutenir les sujets systématiquement « sous représentés » dans les procédures et dans les procès judiciaires en leur permettant de se faire entendre au mieux. Ce que les ennemis de l'Ombudsman visent à éviter c'est un élargissement des sujets participants, et grâce à la fonction critique de l'Ombudsman des droits humains l'Administration Publique est contrainte à faire des choix équitables et respectueux de l'intérêt public redéfini en termes de moins en moins technocrates et autoréférentiels et de plus en plus démocratiques socialement responsables.

Dans le cadre de ces différents scénarios sociaux l'activité du Défenseurs civil, et surtout celui de l'Ombudsman des droits humains, risque alors de développer des caractéristiques dysfonctionnelles pour les Gouvernements autoritaires parce qu'elle favorise la participation des citoyens aux décisions publiques, en poussant les autorités gouvernementales à fournir les raisons et les explications des choix discrétionnaires et en freinant les actions des organismes publics qui, bien qu'agissant *contra legem* mais aussi *secundum legem* nuisent aux droits fondamentaux des êtres humains, tous des éléments étrangers au projet social subordonné à une modernisation autoritaire de l'Etat.

Bibliographie

- Animali, S. (2010), "Il ruolo del difensore civico ed un'identità da ridefinire" in Quiroz Vitale, M. A. (a cura di), *Il difensore civico e la burocrazia. Diritto, discrezionalità e controllo*, Mimesis Milano-Udine.
- Bousta, R. (2005), "The Ombudsman proposal for a definition" in Reif, L.C. (ed.) *The International Ombudsman Yearbook*, V. 9, Kluwer Law, The Hague, 2005 p.p.36-49;

Bull, Th. (2000), "The Original Ombudsman: Blueprint in Need of Revision or a Concept with More to Offer?" in *European Public Law*, V. 6, n.3. p.p. 334-344
Caracciolo La Grotteria, A. (1979), "Note critiche sulla figura del difensore civico", *Foro Amministrativo*, p. 478 e ss.;

Cotterrell, R. (1992), *The Sociology of Law: An Introduction*, Butterworth, London;

De Vergottini, G. (1979), "Ombudsman", *Enciclopedia del diritto*, Vol. XIV, Giuffrè, Milano;

Eckhoff T. (1966), *The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict-Resolution*, *Acta Sociologica*, Vol. 10, No. 1/2, pp. 148-172

Fuller, L.L. (1970-71), "Mediation – Its Forms and Functions", in *Southern California Law Review*, V. 44, p-305-339

Germani, G. (1973), *El concepto de marginalidad*, Ediciones Nueva Visión, Tucumán;

Ghezzi, L. M., Quiroz Vitale, M. A. (2006), *L'immagine pubblica della magistratura italiana*, Giuffrè, Milano;

Guarnieri C. (1997), Prosecution in Two Civil Law Countries: France and Italy, in Nelken D. (Eds), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, pp.183-193.

Guarnieri, C. (2010), The politics of the judicial reforms. in Coman, R. and C. Dallara (eds), *Handbook of Judicial Politics*, European Institute Editions, Iasi, pp.41-60.

Harlow, C. (1978), "Ombudsman in Search of a Role", in *The Modern Law Review*, v. 41, p. 446-470;

Harlow, C. e Rawlings, R. (1984), *Law and Administration*, Weidenfeld & Nicolson London;

Kucsko-Stadlmayer, G. (2008), *European Ombudsman-Institutions*, SpringerWienNewYork, Wien;

Pellizoni, L. (2005), "Cosa significa partecipare", *Rassegna Italiana di sociologia*, XLVI, 3, 2005;

Quiroz Vitale, M. A. (2010 a), *La Provincia utile. Contenzioso litigiosità e Difensore civico nella Provincia di Milano*, Giuffrè, Milano, 2010

Quiroz Vitale, M. A. (2010 b), "Ombudsman e giustizia nella pubblica amministrazione" in Quiroz Vitale, M. A. (a cura di), *Il difensore civico e la burocrazia. Diritto, discrezionalità e controllo*. Mimesis Milano-Udine.

Santoro, E. (2008), *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*. Giappichelli Torino;

Sernia, F. (1985), "Il difensore civico nazionale: una innovazione proprio inutile? Considerazioni sulla base dell'esperienza del Mediatore francese", *Rivista amministrativa*, I;

Verde, F. (1996), *Il difensore civico*, CEDAM, Padova;